

## Tilburg University

### Handhaven en balanceren

Tzankova, I.N.; Plomp, M.J.; Raats, T.

*Published in:*  
Markt en Mededinging

*Publication date:*  
2013

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Tzankova, I. N., Plomp, M. J., & Raats, T. (2013). Handhaven en balanceren: Een tussenstand van privaatrechtelijke handhaving in Europa. *Markt en Mededinging*, 2013(6), 178-186.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Artikel

## Handhaven en balanceren: een tussenstand van privaatrechtelijke handhaving in Europa

Prof. mr. I.N. Tzankova, mr. M.J. Plomp en mr. T. Raats\*

178

### Inleiding

Op 11 juni 2013 publiceerde de Europese Commissie een pakket van maatregelen die schadevorderingen bij schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten en schadeverhaal bij inbreuken op het mededingingsrecht beogen te faciliteren. Om te beginnen is de mededeling ‘Naar een Europees horizontaal kader voor collectief verhaal’ (hierna: de Mededeling) gepubliceerd.<sup>1</sup> De Mededeling bevat onder meer een overzicht van de diverse Europese initiatieven die in de loop der jaren zijn ontplooid met betrekking tot collectief schadeverhaal en een beschouwing van het Europese beleid ten aanzien van collectief schadeverhaal. Het tweede document werkt dit nader uit in de vorm van een aanbeveling ‘over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten wegens schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten’ (hierna: de Aanbeveling).<sup>2</sup> Dan is er ook nog het voorstel voor een richtlijn

‘betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie’ (hierna: het Voorstel).<sup>3</sup> Het laatste document betreft de (praktische) mededeling over de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: de Mededeling begroting schade),<sup>4</sup> die een soort hulpmiddel is voor rechters die kartelschade moeten begroten. Het doel van dit pakket aan maatregelen is kort gezegd om de civiele handhaving van rechten die voortvloeien uit het EU-recht, waaronder het mededingingsrecht, te verbeteren. Hierbij plaatsen wij direct de kanttekening dat de focus van het Voorstel, en de focus van de discussie in rechtspraak en literatuur op dit terrein, ligt op zogenoemde *follow-on* schadevergoedingsacties. Oftewel, vorderingen die worden ingesteld nadat een mededingingsautoriteit een inbreuk heeft vastgesteld. Daartegenover staat de *stand alone* actie die wordt ingesteld zonder dat een mededingingsautoriteit over een bepaalde situatie een beslissing heeft gegeven. Het cruciale verschil tussen beide invalshoeken is gelegen in de bewijspositie voor benadeelden. In het licht van de Europese jurispruden-

\* Prof. mr. I.N. Tzankova is advocaat bij BarentsKrans advocaten en notarissen en daarnaast hoogleraar massaschade aan Tilburg University. Mr. M.J. Plomp is advocaat bij BarentsKrans advocaten en notarissen, zij treedt per 1 januari 2014 in dienst bij Heineken. Mr. T. Raats is advocaat bij BarentsKrans advocaten en notarissen.

1. Mededeling van de Europese Commissie ‘Naar een Europees horizontaal kader voor collectief verhaal’, COM(2013)401 final.  
2. Aanbeveling van de Europese Commissie over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten, *Pb. EU* 2013, L 201, p. 60-65.

3. Voorstel voor een richtlijn betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, COM(2013)404 final, 2013/0185 (COD).

4. Mededeling van de Europese Commissie betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *Pb. EU* 2013, C 167, p. 22-26.

tie<sup>5</sup> is met een beschikking van de Europese Commissie de onrechtmatigheid van de gedraging immers gegeven. Dat bewijs ontbreekt bij *stand alone* acties. Hoewel wij in dit artikel voornamelijk zullen ingaan op de *follow-on* procedures, daar ligt immers de focus van het Voorstel en de Aanbeveling, is het goed om het onderscheid tussen de twee invalshoeken in gedachten te houden. De focus van dit artikel ligt op het Voorstel en de Aanbeveling. Wij zullen nader ingaan op de achtergrond en inhoud van deze documenten en de doelstellingen die de Europese Commissie daarmee voor ogen heeft. Critici hebben de Aanbeveling inmiddels gekarakteriseerd als ‘a squeaking mouse, hurrying over the floor of the European Commission, frightening no one’<sup>6</sup> en als ‘a damp sqibb, rather than a breakthrough’.<sup>7</sup> Wij gaan na of deze typeringen terecht zijn.

## Achtergrond

De totstandkomingsgeschiedenis van het Voorstel en de Aanbeveling wordt gekenmerkt door een jarenlange politieke strijd binnen de Europese Commissie tussen DG Mededinging (hierna: DG COMP) en DG Gezondheid en Consumenten (hierna: DG SANCO): de twee DG’s die het onderwerp collectief verhaal historisch gezien steeds voor hun rekening hebben genomen. Soms vormden zij een gelegenheidscoalitie, soms was er sprake van rivaliteit. Sinds de vorige verkiezingsperiode is DG Justitie (hierna: DG JUST) tot de groep getreden, omdat deze DG over procesrechtelijke onderwerpen gaat en collectief verhaal en handhaving van rechten passen daarbij. De drie DG’s hebben niet steeds parallel lopende visies, agenda’s en bevoegdheden over de manier waarop de civiele handhaving van rechten die uit de Europese wetgeving voortvloeien het beste kan worden vormgegeven.<sup>8</sup>

Vanuit DG SANCO staat consumentenbescherming centraal. Daarbij ligt de focus sinds enkele jaren op alternatieve geschilbeslechting (*alternative dispute resolution* – ADR). Collectief verhaal via de rechter wordt als een stok achter de deur beschouwd.<sup>9</sup> In dat kader is op 21 mei 2013 Richtlijn 2013/11/EU inzake alternatieve beslechting van consumentengeschillen gepubliceerd en Verordening 2013/524/EU inzake onlinebeslechting

van consumentengeschillen.<sup>10</sup> Richtlijn 2013/11/EU verplicht de lidstaten om ervoor te zorgen dat de onder deze richtlijn vallende geschillen tussen consumenten en ondernemers kunnen worden voorgelegd aan een ADR-entiteit die aan de vereisten van deze richtlijn voldoet.<sup>11</sup> Verordening 2013/524/EU voorziet in de oprichting van een platform voor onlinegeschillenbeslechting (*online dispute resolution* – ODR) dat consumenten en ondernemers één enkel toegangspuntaal voor de buitengerechtelijke beslechting van onlinegeschillen biedt, door middel van ADR-entiteiten die bij het platform zijn aangesloten en procedures volgen die aan bepaalde kwaliteitseisen voldoen. In beide wetgevingsinstrumenten wordt met geen woord gerept over collectief schadeverhaal.

Bij DG COMP staat traditioneel de effectieve – publieke – handhaving van het mededingingsrecht centraal. Sinds het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Courage/Crehan* heeft de Europese Commissie evenwel steeds meer aandacht gekregen voor schadeverhaal bij mededingingsinbreuken en de private handhaving van het mededingingsrecht.<sup>12</sup> Dit heeft vooralsnog geresulteerd in één hoogtepunt, namelijk het aanspannen van een civiele schadevergoedingsactie door de Europese Commissie, als slachtoffer van het liftenkartel, nadat DG COMP de deelnemers aan het liftenkartel had beboet.<sup>13</sup> Deze procedure loopt overigens nog. In tegenstelling tot DG SANCO ligt de focus van DG COMP niet op ADR, maar op procederen bij de rechter en collectief verhaal is daar een belangrijk onderdeel van.

Vanuit DG JUST staat tot slot de harmonisatie van het burgerlijk (proces)recht binnen de lidstaten centraal. Deze harmonisatiewens sluit aan bij de wens van DG COMP om bepaalde procedurele waarborgen door te voeren in het procesrecht van de lidstaten met betrekking tot schadeverhaal bij mededingingsinbreuken. Dit is echter gemakkelijker gezegd dan gedaan, omdat DG JUST beperkte wetgevingsbevoegdheden heeft in vergelijking met de andere twee DG’s. Binnen de Europese Unie geldt nog altijd het beginsel van de procedurele autonomie van de lidstaten,<sup>14</sup> hetgeen wil zeggen dat de lidstaten vooral zelf mogen bepalen hoe het nationale procesrecht moet worden ingericht om EU-rechten te handhaven.

5. Zie HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99, *Courage/Crehan*, Jur. 2001, p. I-06297, HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-295/04, *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni*, Jur. 2006, p. I-06619 en HvJ EU 6 november 2012, zaak C-199/11, *EG/Otis C.s.*, n.n.g.
6. J. Goldsmith, ‘European collective redress’, *The Law Gazette* juni 2013.
7. C. Hodges, ‘Collective Redress: a Breakthrough or a Damp Sqibb?’, *Journal of Consumer Policy* oktober 2013.
8. Terzijde merken wij op dat het Voorstel is gebaseerd op art. 103 (mededingingsregels) en 114 (interne markt) van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). Te betwijfelen valt of art. 114 VWEU als grondslag in aanmerking komt. Het gaat het bereik van dit artikel echter te buiten om daarop nader in te gaan. Dat zou betekenen dat er geen codicisie plaatsvindt en dat de Raad zonder het Europees Parlement mag beslissen.
9. Consultatiedocument DG SANCO, 2009, par. 42, zie <[http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/docs/consultation\\_paper2009.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/consultation_paper2009.pdf)>.

10. Richtlijn 2013/11/EU van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, *Pb. EU* 2013, L 165, p. 63-79 en Verordening (EU) nr. 524/2013 van 21 mei 2013 betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, *Pb. EU* 2013, L 165 p. 1-12.
11. Richtlijn 2013/11/EU dient uiterlijk op 9 juli 2015 te zijn geïmplementeerd in de wetgeving van de lidstaten.
12. HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99, *Courage/Crehan*, Jur. 2001, p. I-06297.
13. Persbericht Europese Commissie van 24 juni 2008, IP/08/998 en R. Meijer, ‘Verhaal van kartelschade door de Europese Commissie’, *M&M* 2013/1.
14. Zie over de procedurele autonomie van de lidstaten de bijdrage van I.N. Tzankova en M. Gramatikov, ‘A critical note on two EU principles: proceduralist view of the draft common frame of reference’, in: R. Brownsword e.a. (red.), *The foundations of European private law*, Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing 2011, p. 421 e.v.

Dit geheel aan belangen, bevoegdheden en beperkingen in combinatie met de politieke gevoeligheid van het onderwerp collectief verhaal, verklaart de anders lastig te doorgronden vorm en inhoud van het huidige pakket aan maatregelen. Naast de interne belangenafweging bij de totstandkoming van het Voorstel en de Aanbeveling, heeft de Europese Commissie ook rekening moeten houden met de wensen van het Europees Parlement: Europa heeft geen behoefte aan ‘Amerikaanse toestanden’ en *ambulance chasers*. Nergens is evenwel een onderbouwd standpunt te vinden over wat deze Amerikaanse folklore precies inhoudt en hoe terecht de schrikbeelden zijn.

Het Europees Parlement heeft in de resolutie ‘Op weg naar een samenhangende Europese aanpak van collectieve verhaalmechanismen’ (2012) de Europese Commissie verzocht om de noodzaak te onderbouwen waarom op Europees niveau actie gewenst is om de mogelijkheid op schadeverhaal bij schending van aan het EU-recht ontleende rechten te verbeteren.<sup>15</sup> Daarnaast is de Europese Commissie verzocht om de juridische basis hiervoor te onderzoeken. Voor zover de Europese Commissie tot de conclusie zou komen dat ingrijpen op Europees niveau noodzakelijk en juridisch mogelijk is, dan is een horizontale aanpak gewenst volgens het Europees Parlement. Verder geeft het Europees Parlement aan dat *forum shopping* voorkomen moet worden, is zij voorstander van het *opt-in* principe en tegenstander van *punitive damages*. Tevens acht het Europees Parlement van belang dat misbruik van procesrecht in de vorm van *frivolous litigation*<sup>16</sup> wordt voorkomen onder meer door het principe ‘de verliezer betaalt’ te hanteren en de financiering van collectieve verhaalacties aan banden te leggen.

De Europese Commissie is voorts van mening dat het Voorstel noodzakelijk is, omdat de doelstellingen ervan niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt. Volgens de Europese Commissie bestaat er een aanzienlijk risico dat de doeltreffendheid van de publieke handhaving in gevaar wordt gebracht bij gebrek aan regelgeving voor de gehele Europese Unie, onder meer met betrekking tot terbeschikkingstelling van informatie uit het dossier van een mededingingsautoriteit. Hiermee heeft de Europese Commissie bijvoorbeeld informatie voor ogen welke is verkregen in het kader van een clementieregeling. Daarnaast is de Europese Commissie van mening dat de lidstaten gestimuleerd moeten worden om een wettelijk kader tot stand te brengen waarmee effectief schadeherstel en effectieve rechterlijke bescherming worden verzekerd. De specifieke regelingen om het raamwerk op dat terrein te harmoniseren komen in het navolgende aan bod. Tevens is er veel ongelijkheid tussen de lidstaten wat betreft de omvang

van de rechterlijke bescherming. Dit kan tot verstoringen van de mededinging en van de goede werking van de interne markt leiden.

Hoe valide dit alles ook moge zijn, in de Europese wandelgangen wordt gefluisterd dat de werkelijke reden voor de huidige inhoud en vorm van het Voorstel gelegen is in het ongedaan maken van de gevolgen van de uitspraak van het Hof van Justitie in de *Pfleiderer*-zaak.<sup>17</sup> Deze uitspraak, waarover later meer, zorgde ervoor dat het clementiebeleid van de Europese Commissie en daarmee de publieke handhaving van het mededingingsrecht door de Europese Commissie op losse schroeven kwam te staan.<sup>18</sup> Die gevolgen konden alleen ongedaan worden gemaakt via Europese wetgeving. Het is voor de Europese Commissie derhalve van groot belang dat de voorgestelde wetgeving de eindstreep haalt voor de volgende termijn in 2015. Dat zou zeer problematisch zijn als het Voorstel tevens collectief verhaal zou regelen. Daarvoor bestaat onvoldoende draagvlak. Daarom is collectief verhaal buiten het Voorstel gehouden en opgenomen in de niet-bindende Aanbeveling. Ironisch genoeg heeft tijdens de meest recente besprekingen in het Europees Parlement een groepering voorgesteld om collectief verhaal alsnog in het Voorstel op te nemen, met alle voorzienbare gevolgen van dien.

## Doelstellingen

Het doel van het Voorstel is om de effectieve handhaving van de mededingingsregels van de Europese Unie te garanderen door enerzijds de wisselwerking tussen de publieke en civiele handhaving van het mededingingsrecht te optimaliseren en anderzijds ervoor te zorgen dat slachtoffers van een inbreuk op het mededingingsrecht van de Europese Unie de schade die zij hebben geleden volledig vergoed kunnen krijgen.

Ten aanzien van de wisselwerking tussen de publieke en civiele handhaving beoogt het Voorstel, zoals reeds gezegd, onder meer om de doeltreffendheid van de clementieregelingen te beschermen naar aanleiding van het *Pfleiderer*-arrest uit 2011.<sup>19</sup> Met betrekking tot het recht op volledige schadevergoeding beoogt het Voorstel om een aantal materiële en procedurele obstakels weg te nemen bijvoorbeeld met betrekking tot bewijsvergaring en verjaring.

Het doel van de Aanbeveling is om de toegang tot de rechter te vergemakkelijken, illegale praktijken een halt toe te roepen en benadeelde partijen de mogelijkheid te bieden schadevergoeding te verkrijgen in situaties van massaschade die werd veroorzaakt door de schending van aan het EU-recht ontleende rechten. De Aanbeveling beoogt eveneens te voorzien in passende procedure-

15. Resolutie van het Europees Parlement van 2 februari 2012 over ‘Op weg naar een samenhangende Europese aanpak van collectieve verhaalmechanismen’, 2011/2089 (INI).

16. De Aanbeveling geeft geen definitie van *frivolous litigation* oftewel van misbruik van procesrecht. Dit is ook heel moeilijk zoals het Nederlandse leerstuk ter zake laat zien. Kort gezegd komt het erop neer dat de (Nederlandse) rechter heel terughoudend ingrijpt in de procesautonomie van een burger onder het motto ‘De een zijn recht is de ander zijn onrecht’.

17. HvJ EU 14 juni 2011, zaak C-360/09, *Pfleiderer*, Jur. 2011, p. I-05161.

18. Zie onder meer de annotatie van M. Kuijper, ‘Pfleiderer AG/Bundeskartellamt’, M&M 2011/5.

19. Zie tevens B.J. Drijber, ‘Het Richtlijnvoorstel over schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken’, *Ondernemingsrecht* 2013, 98, par. 3.2.

le waarborgen om misbruik van het collectief verhaalsrecht te voorkomen.<sup>20</sup> Om deze doelen te bereiken zijn de lidstaten verplicht om over mechanismen voor collectief verhaal op nationaal niveau te beschikken en dienen zij de basisbeginselen zoals opgenomen in de Aanbeveling te eerbiedigen.

Overigens is van belang voor ogen te houden dat de Aanbeveling de lidstaten niet bindt.<sup>21</sup> Hoewel dwingend geformuleerd<sup>22</sup> kan de Aanbeveling lidstaten geen verplichtingen opleggen. Wel is het zo dat binnen vier jaar evaluatie zal plaatsvinden over de mate waarin de lidstaten de Aanbeveling hebben opgevolgd en dat naar aanleiding daarvan wel bindende maatregelen zouden kunnen volgen.<sup>23</sup> Het Voorstel wordt bij vaststelling door het Europees Parlement en de Raad tezamen wel verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat, maar aan de lidstaten wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen vrij te kiezen.<sup>24</sup> Kenmerkend voor aanbevelingen is dat daar veel gebruik van wordt gemaakt als men door politieke verdeeldheid niet in staat is om bindende wetgeving op te stellen. Gezien de politieke discussies rondom collectief verhaal bij massaschade en schadevorderingen wegens inbreuk op het mededingingsrecht is het compromis duidelijk. Over bindende regelgeving ten aanzien van schadevorderingen wegens inbreuk op het mededingingsrecht is (een bepaalde mate van) consensus bereikt. Over bindende regelgeving ten aanzien van collectief verhaal bij massaschade is (nog) geen consensus bereikt.

## Voorstel

Het Voorstel is onderverdeeld in vijf hoofdthema's: (1) toegang tot bewijsmateriaal, (2) doorwerking van nationale beslissingen, verjaringstermijn, gezamenlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid, (3) doorberekeningen van prijsverhogingen, (4) schadebegroting en (5) consensuele geschillenbeslechting. Hieronder wordt nader ingegaan op bewijsgaring, doorwerking van nationale beslissingen, verjaringstermijn, vaststelling van aansprakelijkheid, het *passing-on* verweer en bewijs van schade en schadebegroting. Het geheel aan voorgestelde maatregelen maakt een 'eiservriendelijke' indruk.

### Reikwijdte

Het Voorstel ziet niet op schadevergoedingsacties die louter gebaseerd zijn op overtreding van het nationale mededingingsrecht. Waar in het Voorstel over nationaal mededingingsrecht wordt gesproken, daar wordt

immers bedoeld de gelijktijdige, parallelle toepassing van nationaal mededingingsrecht en Europees mededingingsrecht.<sup>25</sup> In de toelichting bij het Voorstel wordt opgemerkt dat het doel van de voorgestelde richtlijn is om de voorwaarden te verbeteren waarop een vergoeding kan worden gekregen voor schade door (a) inbreuken op de mededingingsregels van de Unie en (b) inbreuken op bepalingen van het nationale mededingingsrecht wanneer deze door een nationale mededingingsautoriteit of een nationale rechter in dezelfde zaak parallel met de mededingingsregels van de Unie worden toegepast. Het Voorstel geldt dus bijvoorbeeld niet voor gevallen waarin enkel artikel 6 en/of 24 van de Mededingingswet wordt toegepast.<sup>26</sup> Bij de implementatie van de uiteindelijke richtlijn dienen de lidstaten hierbij stil te staan en te overwegen of zij de reikwijdte van de richtlijn uitbreiden naar puur nationale kwesties.

### Bewijsgaring

Ten aanzien van de bewijsgaring wordt in het Voorstel een systeem omschreven dat wel iets weg heeft van een mix van het Nederlandse artikel 843a Rv en het bewijsconcept van de verzwaarde stelplicht.<sup>27</sup> Het Voorstel voorziet in een stelsel waarbij de rechter de openbaarmaking van bewijsmateriaal kan bevelen op het moment dat een partij het haar ter beschikking staande bewijs heeft gepresenteerd en daaruit blijkt dat er aannemelijke redenen zijn om te vermoeden dat zij schade heeft geleden als gevolg van een mededingingsrechtelijke inbreuk van de wederpartij.<sup>28</sup> De eisende partij moet daarbij aantonen dat haar wederpartij voor de staving van haar vordering relevant materiaal bezit en dit materiaal zo veel mogelijk specificeren. Daarnaast is de openbaarmaking gebonden aan een proportionaliteitstoets. Zoals in de Nederlandse praktijk gebruikelijk is, kan de rechter ten slotte maatregelen treffen om eventueel vertrouwelijke informatie te beschermen.<sup>29</sup> Van openbaarmaking zijn volgens het Voorstel twee soorten bewijsmateriaal uitgesloten. Ten eerste geldt voor de ondernemingsverklaringen in het kader van een clementieprogramma en voor een verklaring met het oog op een schikking absolute geheimhouding.<sup>30</sup> Nationale gerechten kunnen de

20. Zie Drijber 2013, par. 4.

21. Art. 288 VWEU, 5<sup>e</sup> alinea.

22. Zie tevens het nieuwsbericht van 29 juli 2013 van het ministerie van Buitenlandse Zaken, 'Commissie-aanbeveling over collectieve procedures'.

23. Zie tevens L.E.J. Korsten en W.J.L. de Clerck, 'Aanbeveling Europese Commissie: gemeenschappelijke beginselen voor collectief verhaal bij schending van Unierechten (III)', *Bedrijfsjuridische berichten* 2013, 67, par. 2.

24. Art. 288 VWEU, 3<sup>e</sup> alinea.

25. Art. 4 lid 1 en 2 Voorstel.

26. Dat hierover verwarring bestaat, blijkt bijvoorbeeld uit het artikel van L.E.J. Korsten en F.G.D. Pasariu, 'EU-harmonisering verhaal kartel- en misbruikschade en collectief verhaal (I)', *Bedrijfsjuridische berichten* 2013, 61, par. 2: 'Uitgangspunt van het voorstel is dat slachtoffers van inbreuken op het EU-mededingingsrecht of mededingingsrecht van de lidstaten (...). Het richtlijnvoorstel van de Commissie geldt voor alle gevallen waarin artikel 101 en/of 102 VWEU en/of het mededingingsrecht van de lidstaten worden toegepast (...).'

27. Zie over bewijslast en stelplicht H.L.G. Wieten, *Bewijs* (Studiereeks burgerlijk procesrecht deel 3), Deventer: Kluwer 2012, hfdst. 3.

28. Art. 5 Voorstel.

29. Zie voor een aantal voorbeelden hoe de Nederlandse rechter in de praktijk omgaat met vertrouwelijke informatie de volgende uitspraken: HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3350, HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7463, HR 22 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5626, HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8421, Rb. Den Haag 2 augustus 2012 CR 2013, 9 Rb. Breda (vzr.) 25 oktober 2006, *BIE* 2007, 89, Rb. Amsterdam (vzr.) 21 mei 2012, *IER* 2012, 46 en Rb. Oost-Nederland (vzr.) 1 februari 2013, nr. IEF 12305.

30. Art. 6 lid 1 Voorstel.



openbaarmaking van deze informatie niet bevelen. Ten tweede mag, tijdens een lopend onderzoek van een mededingingsautoriteit, de informatie die tijdens dit onderzoek door de autoriteit wordt gebruikt en verzameld, niet openbaar worden gemaakt.<sup>31</sup> Na afloop van het onderzoek dient deze informatie, met inachtneming van artikel 5 van het Voorstel, wel toegankelijk te zijn. Denk daarbij bijvoorbeeld aan enquêtes/vragenlijsten die een mededingingsautoriteit heeft uitgezet en de bijbehorende antwoorden of bewijsmateriaal in de vorm van e-mails, notulen of memo's die tijdens een bedrijfsbezoek zijn gevonden bij de inbreukmaker(s). Indien een partij bij de toepassing van artikel 27 van Verordening 2003/1/EG (recht op inzage dossier, horen van partijen, klagers en derden) in het bezit komt van de hiervoor genoemde informatie, dan is dit materiaal niet toelaatbaar als bewijs in een eventuele schadevergoedingsactie, totdat een mededingingsautoriteit haar procedure heeft beëindigd of een (boete)besluit heeft genomen. De vraag die rijst, is hoe het Voorstel zich verhoudt tot het toetsingskader van de Wet openbaarheid bestuur (Wob).<sup>32</sup> Dat bijvoorbeeld gedurende een onderzoek bewijsmateriaal niet wordt verstrekt is reeds 'Wob-beleid' van de Nederlandse mededingingsautoriteit. Dit beleid wordt derhalve versterkt door het Voorstel. Het lijkt echter onwenselijk dat het Voorstel tot twee verschillende toetsingskaders – Wob-verzoek of verzoek bij de civiele rechter – leidt ten aanzien van toegang tot het (bewijs)dossier van de mededingingsautoriteit. Hier zou door de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de richtlijn specifiek aandacht aan moeten worden besteed. In dat kader moet wel onderscheid gemaakt worden tussen de verschillende vormen van openbaarmaking van stukken. Waar een Wob-verzoek van origine ziet op de controle van overheidsorganen, daar dienen de regels omtrent openbaarmaking in civiele context juist de waarheidsvinding en het tegemoetkomen aan bewijsnood.

### Doorwerking nationale beslissingen

Het Voorstel bepaalt dat een rechter, in het kader van een schadevordering wegens inbreuk op het mededingingsrecht, geen beslissingen kan nemen die met een onherroepelijk besluit van een nationale mededingingsautoriteit in strijd zijn.<sup>33</sup> Deze bepaling is enerzijds een wenselijke aanvulling op artikel 16 van Verordening 2003/1/EG. Anderzijds verduidelijkt de Europese Commissie niet hoe om te gaan met de zogenoemde *Masterfoods*-discussie over tegenstrijdige uitspraken en aanhouding van procedures.<sup>34</sup> Vanwege de vertraging die de *Masterfoods*-discussie in een procedure teweegbrengt, merken Korsten en Pasaribu terecht op dat het wenselijk was geweest als de Europese Commissie in het

Voorstel de problematiek van het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken en aanhouding en schorsing van *follow-on*-procedures wat meer in detail geregeld zou hebben.<sup>35</sup> In Nederland lijkt de *Masterfoods*-discussie evenwel vooralsnog beslecht in het voordeel van eisers.<sup>36</sup>

### Verjaringstermijn

Het Voorstel legt de lidstaten de verplichting op om wettelijke regels op te stellen waarin het tijdstip waarop de verjaringstermijn begint te lopen wordt bepaald, de duur van de termijn, en de omstandigheden waarin stuiting of schorsing van de termijn aan de orde kan zijn.<sup>37</sup> De verjaringstermijn gaat niet lopen voordat een benadeelde partij weet heeft of redelijkerwijs geacht kan worden te hebben van het inbreukmakende gedrag, de inbreukmaker(s) en de schade. Daarnaast bedraagt een verjaringstermijn ten minste vijf jaar. De verjaringstermijn wordt geschorst wanneer een mededingingsautoriteit een handeling verricht tot onderzoek of vervolging van een inbreuk. De schorsing eindigt ten vroegste een jaar nadat een (boete)besluit onherroepelijk is geworden dan wel een procedure op andere wijze is beëindigd. Dit betekent dat de verjaringstermijn niet gaat lopen zolang een beroepsprocedure loopt tegen een beschikking. Hoewel benadeelden wat betreft de verjaring dus zouden kunnen wachten met het aanhangig maken van een procedure totdat het beroepstraject is doorlopen, zullen zij waarschijnlijk nog altijd gedwongen zijn eerder een procedure op te starten. Dit volgt met name uit het feit dat bewijslevering na verloop van tijd steeds moeizamer zal verlopen. Zo wordt administratief materiaal slechts een beperkte tijd bewaard en worden getuigenverklaringen aanzienlijk minder betrouwbaar naargelang de jaren verstrijken.

### Aansprakelijkheid

Ten aanzien van de aansprakelijkheid van inbreukmakers bevestigt het Voorstel het uitgangspunt dat ondernemingen die door een gezamenlijk optreden inbreuk hebben gemaakt op het mededingingsrecht hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de daardoor veroorzaakte schade. Het Voorstel bevat daarnaast een bepaling ten aanzien van de aansprakelijkheid van inbreukmakers, die strijdig is met het beginsel van hoofdelijke aansprakelijkheid, maar gerechtvaardigd wordt door de bescherming van het clementiebeleid van de Europese Commissie. Ondernemingen die in het kader van een clementieprogramma immuniteit tegen geldboeten hebben verkregen, zijn niet aansprakelijk jegens andere benadeelde partijen dan de eigen directe of indirecte afnemers of leveranciers, tenzij die andere benadeelden aantonen dat zij geen volledige schadevergoeding kunnen krijgen van de andere kartellisten, bijvoorbeeld omdat deze financieel gezien in zwaar weer verkeren. Partijen die immuni-

31. Art. 6 lid 2 Voorstel.

32. Zie eveneens de opmerking van minister Timmermans, voorlaatste alinea, in de brief van 19 juli 2013, *Kamerstukken II* 2012/13, 22 112, nr. 1664.

33. Art. 9 Voorstel.

34. HvJ EG 14 december 2000, zaak C-344/98, *Masterfoods*, *Jur.* 2000, p. I-11369 en S. Tuinenga en J.S. Kortmann, 'Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2011', *M&M* 2012/ 2.

35. L.E.J. Korsten en F.G.D. Pasaribu, 'EU-harmonisering verhaal kartel- en misbruikschade en collectief verhaal (I)', *Bedrijfsjuridische berichten* 2013, 61, par. 3.2.1.

36. Gerechtshof Amsterdam 24 september 2013, *Equilib/KLM c.s.*, ECLI:NL:GHAMS:2013:3013 en Rb. Den Haag 1 mei 2013, *CDC/Shell, Sasol, Esso en Total*, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA1870.

37. Art. 10 Voorstel.

teit hebben verkregen worden dan ook in de considerans van het Voorstel als ‘ultieme debiteur’ aangemerkt: lidstaten moeten verzekeren dat benadeelden schadevergoeding kunnen vorderen van de partij die immuniteit heeft gekregen wanneer zij beseffen dat zij van de andere deelnemers aan het kartel geen volledige vergoeding kunnen krijgen. In die situatie gaat het recht op volledige schadevergoeding van de benadeelden weer voor en moet de immuniteit genietende onderneming toch meebetalen. Het effect in de praktijk van deze bepaling valt te bezien en lijkt voornamelijk afhankelijk van de wijze waarop de regeling wordt geïmplementeerd. Het is met name de vraag hoe de positie van de immuniteit genietende partij zal worden uitgewerkt.

### Doorberekeningen van prijsverhogingen

Het Voorstel erkent verder het *passing-on* verweer en verplicht lidstaten ervoor te zorgen dat de verweerder kan aanvoeren dat de eiser de door de inbreuk veroorzaakte prijsverhogingen volledig of deels heeft doorberekend. De bewijslast van het doorberekenen rust daarbij wel op de verweerder. Daarbij komt dat het verweer niet aangevoerd mag worden als deze schade is doorberekend aan een volgend niveau in de keten voor wie het wettelijk (bijvoorbeeld vanwege nationale regels inzake causaliteit) onmogelijk is om schade te vorderen. Als een inbreukmaker zich dan op het *passing-on* verweer zou kunnen beroepen, zou deze partij (deels) worden bevrijd van aansprakelijkheid. De andere kant van de medaille is dat indirecte afnemers ook schade kunnen vorderen als zij kunnen aantonen dat de prijsverhogingen aan hen zijn doorberekend. De bewijslast ter zake van het doorberekenen rust daarbij op de eisende partij. Aan haar bewijsproblemen wordt echter tegemoetgekomen door middel van de aanname dat doorberekening heeft plaatsgevonden als: (1) de verweerder een inbreuk op het mededingingsrecht heeft gemaakt, (2) de inbreuk heeft geleid tot een prijsverhoging voor de directe afnemer van de verweerder, en (3) de eiser goederen of diensten waarop de inbreuk betrekking had, heeft afgenomen, of goederen of diensten heeft afgenomen die van eerstgenoemde goederen of diensten zijn afgeleid of waarin die goederen of diensten zijn verwerkt. Dit geeft enige aanknopingspunten voor indirecte afnemers om tot het bewijs van doorberekening te komen. Het *passing-on* verweer zal in de Nederlandse setting, net als in de meeste andere Europese landen, worden gevoerd in de sleutel van causaal verband en schadeomvang, al dan niet in de sleutel van de voordeelstoerekening ex artikel 6:100 BW.<sup>38</sup> Schade wordt pas vergoed als zij daadwerkelijk geleden of gevallen is.

### Schadebegroting

Ten slotte gaat het Voorstel in op de schade die is ontstaan door mededingingsrechtelijke inbreuken. Met betrekking tot het bewijs van schade geeft het Voorstel een weerlegbaar vermoeden dat een kartelinbreuk schade heeft veroorzaakt, waarbij een kartelinbreuk in het Voorstel tamelijk breed wordt gedefinieerd.<sup>39</sup> Glazener betwijfelt of voor dit vermoeden voldoende rechtvaardiging bestaat, omdat kartels niet meer zouden bestaan uit harde prijsafspraken, maar uit de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie waarvan het effect op de prijzen veel moeilijker is vast te stellen.<sup>40</sup> Deze stelling lijkt evenwel wat kort door de bocht. Het weerlegbaar vermoeden dat het Voorstel introduceert ziet, in de bewoordingen van Glazener, enkel op de constatering dat enig effect op de prijs bestaat. Wat het concrete effect, en daarmee de hoogte van de schade, is, komt bij de begroting van de schade uitgebreid aan de orde. In het Nederlandse procesrecht wordt overigens vaker gewerkt met bewijsvermoedens en verzwaarde stelplichten. Doorgaans worden deze door de rechter toegepast om een zwakkere partij te beschermen en informatie-asymmetrieën ongedaan te maken. Denk aan de verhouding vermogensbeheerder v. particuliere klant.<sup>41</sup> De voorgestelde toepassing van een bewijsvermoeden is evenwel een afwijking van de hoofdregel van stelplicht en bewijslastverdeling en heeft een rechtspolitieke achtergrond. Het zal daarom inderdaad wettelijk verankerd moeten worden.

### Standpunt Nederland

In de brief van 19 juli 2013 aan de Tweede Kamer merkt de minister van Buitenlandse Zaken (hierna: de minister) ten aanzien van het pakket maatregelen op:

‘Nederland ziet een toegevoegde waarde in die voorstellen die nationale fragmentatie ten aanzien van de toegankelijkheid van clementiestukken (...) trachten te voorkomen. De voorstellen ten aanzien van de mogelijkheid voor slachtoffers van mededingingsinbreuken om hun volledige schade te vergoed te krijgen, grijpen ver in op het Nederlandse procesrecht en hebben weinig meerwaarde voor ondernemers en consumenten in Nederland die schade ondervinden van een overtreding van het mededingingsrecht. (...) Het subsidiariteitsoordeel en het proportionaliteitsoordeel zijn overwegend negatief.’<sup>42</sup>

De vraag die opkomt, is of de minister de stand van zaken in Nederland op het gebied van schadevorderingen bij inbreuken op het mededingingsrecht helemaal doorziet. Zo merkt de minister bijvoorbeeld op:

38. De Rechtbank Oost-Nederland plaatste het *passing-on* verweer bijvoorbeeld in de sleutel van art. 6:100 BW, vgl. Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403. Zie ook B. van der Wiel, ‘Schadevergoeding bij schending van mededingingsrecht. Is het Nederlandse schadevergoedingsrecht voldoende doeltreffend?’, *NJB* 2009, 12, p. 724-731, met een uitvoerige beschouwing over art. 6:100 BW.

39. Er geldt overigens geen bewijsvermoeden van schade bij een inbreuk op het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie, zie ook L.E.J. Korsten en F.G.D. Pasaribu, ‘EU-harmonisering verhaal kartel- en misbruikschade en collectief verhaal (II)’, *Bedrijfsjuridische berichten* 2013, 65.

40. Column P. Glazener, ‘Private handhaving’, *M&M* 2013/4.

41. Vgl. HR 15 december 2006, *NJ* 2007, 203 (*NNEK/Mourik c.s.*).

42. Brief van de minister van Buitenlandse Zaken aan de Tweede Kamer, 19 juli 2013, *Kamerstukken II* 2012/13, 22 112, nr. 1664.

‘Nederland heeft een werkbaar systeem van privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Hoewel ook het Nederlandse systeem op sommige punten voor verbetering vatbaar is, beoogt het voorstel echter te ver in te grijpen op het Nederlandse procesrecht, zoals de verjaringstermijnen, bindende kracht van besluiten van nationale mededingingsautoriteiten en het vermoeden van schade. (...) Tevens leidt een apart regime voor mededingingszaken binnen het privaatrecht tot versnippering van regelgeving die ten koste gaat van de interne samenhang van nationale systemen van burgerlijk proces- en bewijsrecht die zijn ingebed in de nationale rechtscultuur van de lidstaten. Zo kan in een zaak waarin sprake is van schade ten gevolge van een overtreding van het kartelverbod, eveneens sprake zijn van schade ten gevolge van een onrechtmatige daad (doordat de overtredende ondernemingen bijvoorbeeld reputatieschade toebrengen aan soortgelijke ondernemingen uit andere lidstaten). Bij dit soort samengestelde vorderingen is de vraag welke regels voorgaan.’

Deze opmerking over samengestelde vorderingen klinkt ons vreemd in de oren. Een schadevordering wegens een overtreding van het kartelverbod wordt per definitie ingestoken als een onrechtmatige daad. Het Voorstel beoogt geen separate rechtsfiguur in het leven te roepen. Daar is in het kader van het Groenboek en Witboek<sup>43</sup> ook nooit over gesproken. Daarnaast sluit het Voorstel qua verjaringstermijn aan bij de huidige Nederlandse regeling,<sup>44</sup> volgt de bindende kracht van besluiten reeds uit het arrest van de Hoge Raad *Smit/Staat*<sup>45</sup> en is een vermoeden van schade niet uniek. In meerdere situaties leidt de vaststelling van onrechtmatigheid tot een weerlegbaar vermoeden van schade.<sup>46</sup>

## Aanbeveling

De Aanbeveling ziet op de introductie van een generieke methode voor collectieve schadeafwikkeling, voor zover deze in de lidstaten nog niet bestaat. De Aanbeveling heeft zodoende betrekking op equivalenten van de

Nederlandse collectieve actie (art. 3:305a BW).<sup>47</sup> De Europese Commissie doet een aantal voorstellen voor de inrichting van een dergelijke collectieve actie.

### Procesbevoegdheid

Zo geeft de Commissie aanbevelingen over de *standing*, of procesbevoegdheid, van de partij die een collectieve actie entameert.<sup>48</sup> De Aanbeveling stelt voor dat lidstaten entiteiten aanwijzen op grond van bepaalde criteria die dergelijke acties kunnen starten. De Aanbeveling beveelt aan dat een dergelijke aangewezen entiteit een *non-profit* karakter heeft. Daarnaast moet een direct verband bestaan tussen de doelstellingen van de entiteit en de geschonden bepaling van het Unierecht. De Nederlandse collectieve actie lijkt hieraan te voldoen, omdat de aanwijzing ofwel de toetsing ook door de rechter en op ad-hocbasis kan plaatsvinden.<sup>49</sup> Hierdoor kunnen in Nederland niet alleen belangenorganisaties zoals de Vereniging van Effectenbezitters (VEB) en de Consumentenbond een collectieve actie entameren, maar ook stichtingen die voor een specifieke collectieve actie zijn opgericht. Dat waarborgt de broodnodige variëteit onder de belangenorganisaties. Organisaties als de VEB en de Consumentenbond zullen niet steeds over de nodige mankracht en financiële middelen beschikken om een collectieve actie te starten. Nog daargelaten dat in voorkomende gevallen hun prioriteiten- en beleidsagenda tot het achterwege laten van een actie zouden kunnen nopen.<sup>50</sup> Tot slot kunnen de langetermijndoelen van dergelijke organisaties zich niet goed verdragen met het kortetermijnbelang van benadeelden in een concreet geval.

### Financiering

Volgens de Aanbeveling dient een entiteit over voldoende middelen te beschikken, zowel financieel als qua mankracht en expertise, om de belangen van meerdere benadeelden te behartigen. Gelet op de eis dat de belangenorganisatie *non-profit* dient te zijn, zou een redelijke uitleg van dit onderdeel van de Aanbeveling ertoe moeten leiden dat de benodigde financiën en expertise extern zouden kunnen worden betrokken. Dat lijkt echter een onjuiste veronderstelling gelet op de vergaande beperkingen in de Aanbeveling omtrent de financiering

43. Groenboek Schadevorderingen wegens schending communautaire anti-trustregels van 19 december 2005, COM(2005)672 definitief en Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels van 2 april 2008, COM(2008)165 definitief.
44. Een rechtsvordering tot vergoeding van schade of tot betaling van een bedongen boete verjaart door verloop van vijf jaren ingevolge art. 3:310 lid 1 BW.
45. HR 7 april 1995, NJ 1997, 166 (*Smit/Staat*).
46. Een voorbeeld van een wettelijk vermoeden is te vinden in art. 6:104 BW waarbij na vaststelling van aansprakelijkheid de vermoedelijk geleden schade wordt gesteld op (een deel van) de genoten winst. Daarnaast kan de rechter op grond van feitelijke vermoedens de bewijslast voor benadeelden ter zake van schade verlichten.

47. De Aanbeveling ziet niet op groepsacties, bijvoorbeeld op basis van het cessiemodel (door de Europese Commissie ook wel aangeduid als het ‘CDC-model’, vernoemd naar de Belgische claimsfunder Cartel Damage Claims), waarbij de vorderingen door individuele benadeelde partijen worden overgedragen aan een Special Purpose Vehikel (hierna: SPV) die vervolgens de vorderingen gebundeld instelt. De SPV is eigenaar van de vorderingen en vordert dus ook uit eigen naam en voor eigen rekening. Evenmin ziet de Aanbeveling op de situatie dat een groot aantal benadeelden als eisende partijen tezamen schadevergoeding vorderen in één procedure.
48. Art. 4-7 Aanbeveling.
49. Art. 6 Aanbeveling.
50. Als voorbeeld kan worden genoemd de *Vie d’Or*-casus. De collectieve actie werd daar gevoerd uitsluitend door een ad-hocbelangenorganisatie. Als de polishouders afhankelijk waren geweest van de Consumentenbond bijvoorbeeld, dan was de collectieve actie vermoedelijk niet geïnitieerd door de Consumentenbond: zie bijdrage van I.N. Tzankova aan de LSA-bundel *In de schaduw van het slachtoffer*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 59 e.v.



van de entiteiten, waaronder een verplichting om bij aanvang van de procedure inzicht te bieden in de oorsprong van de financiering van de entiteit en de mogelijkheid om de zaak te schorsen ingeval een derde de zaak financiert en deze derde over onvoldoende middelen beschikt om de kosten van de procedure te betalen of om een proceskostenvergoeding te voldoen. Ook kent de Aanbeveling een verbod op het rekenen van ‘buitensporige rente’ op de financiering.

Onze indruk is dat de Europese Commissie op deze wijze moedwillig drempels opwerpt voor de financiering van een collectieve actie door een derde, omdat er op voorhand in de (volledige) financiering van de zaak zou moeten worden voorzien en de eisende partij inzicht zou moeten geven in haar financiële mogelijkheden. In collectieve acties is de financiering altijd een probleem, onder meer vanwege de *free riders*: benadeelden kunnen van de actie profiteren ook als zij daar niet in financiële zin aan bijdragen. Bovendien, in de collectieve acties die tot nu toe gevoerd zijn, is de financiering vaak per fase gerealiseerd. In elk geval is de volledige financiering vrijwel nooit geheel op voorhand beschikbaar, nog daargelaten dat het onwenselijk is dat de wederpartij daar inzicht in krijgt. Dat zou op het onoverkomelijke bezwaar stuiten dat de wederpartij inzicht krijgt in de ‘oorlogskas’ van de belangenorganisatie en daar tactisch voordeel uit haalt door bijvoorbeeld veel incidenten op te werpen en langdurig te procederen zodat de financiële middelen van de organisatie snel opraken.<sup>51</sup> De Europese Commissie lijkt daarvoor geen oog te hebben.

Dit onderdeel van de Aanbeveling zal, afhankelijk van de implementatie, terughoudendheid creëren bij *claim funders* en andere financiers ten aanzien van het financieren van dergelijke collectieve acties. De vraag rijst namelijk hoe voldoende financiële middelen bijeen kunnen worden gebracht, conform de Aanbeveling, als een organisatie *non-profit* dient te zijn en de mogelijkheden om externe financiering te betrekken zeer beperkt zijn en tegen ongunstige voorwaarden. De Aanbeveling voorziet echter niet in een oplossing voor de benodigde financiering<sup>52</sup> en dat is een wezenlijke tekortkoming.

### Ad hoc versus vooraf aangewezen

Een interessant aspect van de Aanbeveling dat in de literatuur tot op heden onderbelicht is gebleven, is het onderscheid dat wordt gemaakt tussen ad-hoc-entiteiten en vooraf aangewezen entiteiten (denk bijvoorbeeld aan de Consumentenbond en VEB). De hiervoor besproken vereisten gelden namelijk enkel voor de vooraf aangewezen entiteiten. Ad-hoc-entiteiten die worden opgericht, en gecertificeerd, voor een specifieke actie vallen niet

onder het bereik van nr. 4 van de Aanbeveling waarin de eisen voor vooraf aangewezen entiteiten worden omschreven. Op basis van de Aanbeveling hoeven ad-hoc-entiteiten dan ook geen non-profitkarakter te hebben en hoeven zij ook niet aan te tonen over voldoende financiële en personele capaciteit te beschikken. In hoeverre dat in de praktijk tot verschillen tussen de een en de andere groep entiteiten zal leiden, moet worden afgewacht. Denkbaar is dat lidstaten zelf het initiatief nemen om aan deze entiteiten toch bepaalde eisen te stellen die stroken met de geest van de Aanbeveling, zoals in Nederland het geval is, maar de Aanbeveling doet daar geen uitspraak over. Enerzijds zou dit kunnen leiden tot verschillen tussen de lidstaten, anderzijds lost het mogelijk wel een deel van de hiervoor gesignaleerde financieringsproblemen op.

### Opt-in

Ten aanzien van het mechanisme geeft de Commissie de voorkeur aan een *opt-in* mechanisme voor collectieve acties. In haar visie dient een groep *claimants* enkel te worden gevormd op basis van uitdrukkelijke instemming van de schadelijdende partijen. In het kader van buitengerechtelijke afdoening bevat de Aanbeveling het voorstel dat lidstaten naast de collectieve actie een mechanisme in het leven moeten roepen voor de schikking van dergelijke zaken. Naar Nederlands model stelt de Aanbeveling voor dat de schikking vervolgens door de rechter bindend moet worden verklaard.

### Standpunt Nederland

In de brief van 19 juli 2013 vraagt de minister zich af wat de reikwijdte is van het beginsel dat een vordering tot collectief verhaal altijd op basis van het *opt-in* principe moet worden vormgegeven:

‘Nederland gaat ervan uit dat dit beginsel geen betrekking heeft op collectieve schikkingen. Ingeval de Commissie voor ogen heeft dat dit beginsel wel toepassing zal moeten vinden op mechanismen voor collectieve schikkingen dan plaatst Nederland hier vraagtekens bij. Voor collectieve schikkingen kan een opt-out juist effectief zijn, terwijl dit voor een collectieve vordering in rechte wel bezwaarlijk is vanwege het mogelijke misbruik door eisers. In Nederland bevat de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade bijvoorbeeld een dergelijk opt-out mechanisme, tot tevredenheid van alle schikkende partijen.’<sup>53</sup>

Onzes inziens maakt de minister terecht onderscheid tussen collectieve vorderingen en collectieve schikkingen bij de beoordeling van de wenselijkheid van een *opt-out* systeem.<sup>54</sup> De Aanbeveling zou derhalve geen gevol-

51. De Stichting Vie d’Or werd opgericht en in het begin gefinancierd door de toezichthouder. In de statuten werd bepaald dat de stichting aan de toezichthouder moest rapporteren. Een van de eerste acties van de stichting toen zij besloot om een collectieve actie tegen de toezichthouder te beginnen was om de statuten te wijzigen zodat de toezichthouder geen kennis zou kunnen nemen van haar financiële huishouding. Zie bijdrage van I.N. Tzankova aan de LSA-bundel *In de schaduw van het slachtoffer*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 59 e.v.

52. Zie ook P. Bos en I.N. Tzankova, ‘Voorstel Brussel voor collectief verhaal schiet doel voorbij’, *Het Financieel Dagblad* 20 augustus 2013, p. 9.

53. Brief van de minister van Buitenlandse Zaken aan de Tweede Kamer, 19 juli 2013, *Kamerstukken II* 2012/13, 22 112, nr. 1663.

54. Giesen lijkt hier anders over te denken, zie I. Giesen, ‘Collectieve actie in Nederland en de EU: and the winner is ...’, *NTBR* 2013, 33.

gen moeten hebben voor de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade.<sup>55</sup>

De minister gaat ook in op de voorschriften omtrent financiering van claimsvehikels. Terecht vraagt hij zich af of er concrete aanwijzingen zijn dat de financiering van procespartijen op dit moment dermate grote problemen oplevert dat daarvoor voorzieningen moeten worden getroffen. In dat kader is het volgens ons van belang om een onderscheid te maken tussen ondernemingen en consumenten. Voor deze laatste zijn voorschriften omtrent financiering wenselijk om belangenverstrengeling en informaticasymmetrie tegen te gaan. Ten aanzien van ondernemingen zou wat ons betreft het beginsel van contractsvrijheid moeten gelden. Ondernemingen zijn prima in staat om goede afspraken met procesfinanciers te maken en laten zich hierover ook vaak nader adviseren. De ervaringen van ondernemingen met een aantal Europese *funders* zijn volgens ons dan ook overwegend positief.

## Samenvatting en conclusie

Het huidige pakket aan maatregelen is een leerzaam studieobject over de taakverdeling en wisselwerking tussen de verschillende Europese instellingen. Zonder inzicht te hebben in de uiteenlopende agenda's, bevoegdheden en prioriteiten van de drie DG's (COMP, SANCO en JUST) belast binnen Europa met het onderwerp collectief verhaal, valt de uiteenlopende aard en inhoud van de afzonderlijke onderdelen moeilijk te vatten. DG SANCO zet in op ADR, DG COMP in toenemende mate op handhaving ook via het privaatrecht. Het liefst had DG COMP ook gezien dat collectief verhaal onderdeel was van het Voorstel, maar dat risico wilde en kon DG COMP niet lopen. Het eigen clementiebeleid moest via het Voorstel worden gered door dat snel door het Europees Parlement te loodsen voor de volgende verkiezingen. Een controversieel onderwerp als collectief verhaal zou een bom onder het wetgevingsproces kunnen leggen. Vandaar dat collectief verhaal apart is opgenomen in een niet-bindende aanbeveling over algemene principes. Voor meer dan een aanbeveling bestond geen politiek draagvlak. DG COMP heeft wel een *next best* oplossing gevonden voor deze adering: civiele handhaving kan ook via het materiële recht worden verbeterd en niet alleen via collectief verhaal. Wat dat betreft is de opzet geslaagd: de bepalingen uit het Voorstel zijn naar onze mening overwegend eiservriendelijk en hebben de potentie om de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht te faciliteren. Of het Voorstel de eindstreep haalt, valt nog te bezien. Volgens recente berichten heeft een politieke groepering uit het Europees Parlement voorgesteld om collectief verhaal alsnog aan het Voorstel toe te voegen. Als de toevoeging de principes uit de Aanbeveling betreft, heeft de business-

lobby weinig te vrezen. De Aanbeveling is door critici aangeduid als 'a squeaking mouse, hurrying over the floor of the European Commission, frightening no one' en als 'a damp squib, rather than a breakthrough'. Deze aanduidingen zijn volgens ons terecht.

DG JUST, die verantwoordelijk is voor de harmonisatie van het procesrecht, verkeert in een lastig parket omdat in Europa het beginsel van de procedurele autonomie van de lidstaten nog altijd voorrang heeft. Dat bevordert forumshopping, dat een probleem is dat niet eenvoudig op te lossen is. De enkele harmonisatie van procesrecht is daartoe waarschijnlijk onvoldoende. Voor procespartijen spelen immers ook andere factoren een rol die buiten de macht van de Europese wetgever liggen. Zo hechten procespartijen groot belang aan de ervaring van de rechter met deze complexe zaken, de doorlooptijd van de zaken en de kosten van de juridische infrastructuur. Deze aspecten, die eigen zijn aan de rechtscultuur van de lidstaten, kunnen niet worden geredresseerd door middel van het gelijktrekken van procesrecht.

De Aanbeveling zal dan ook niet tot een grote verandering en een grote toename van het aantal collectieve acties zal leiden. De rechtsontwikkeling op dit terrein is de laatste jaren met name gevoerd door commerciële partijen die niet kunnen profiteren van de mogelijkheden die in de Aanbeveling zijn voorgesteld. Gelet op de complexe aard van de betrokken procedures en de daarmee samenhangende vaak hoge kosten en het feit dat deze vaak gevoerd worden tegen grote, kapitaalkrachtige ondernemingen, zal dit in de toekomst ook niet snel veranderen. Een vertegenwoordigend vehikel heeft immers een oorlogskas nodig om tot een zinnige procedure te komen.

55. Zie over *opt-in* en *opt-out* mechanismen I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg) (Serie recht & praktijk nr. 150), Deventer: Kluwer 2007.